

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ Santiago de Compostela, 96 , 914934553 - 28071

Teléfono: 914934553,914934730

Fax: 914934551

SPP10

37051030

N.I.G.: 28.079.00.1-2014/0027787



(01) 30267351200

Diligencias previas nº 1716/2013
Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid
Rollo de Sala nº 1578/2014

A U T O N°106/2015

Audiencia Provincial de Madrid

Sección Primera

Magistrados

D Alejandro Benito López

D José M^a Casado Pérez

D^a Elena Perales Guilló

En Madrid, a once de febrero de dos mil quince.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado por auto de 31 de agosto de 2013 inadmitió la querrela presentada por el Sindicato de Técnicos del Ministerio de Economía y Hacienda (Gestha) contra don Juan Manuel López Carbajo, doña María Dolores Bustamante Esquivias y don Carlos Cervantes Sánchez-Rodrigo, por supuesto delito de prevaricación administrativa.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución la representación de la querellante interpuso recurso de apelación, que fue admitido a trámite, y previo traslado al Fiscal, quien lo impugnó, se remitió la causa a este tribunal, señalándose el 22 del mes pasado para su deliberación, siendo ponente el magistrado don Alejandro Benito López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La querrela es un acto mediante el cual el querellante pone en conocimiento del juzgado, que considera competente, un hecho que estima que reviste caracteres de delito efectuado por una o varias personas determinadas o determinables,

solicitando la iniciación del proceso para su investigación, y se le tenga como parte acusadora en el mismo (ATS 15 de junio de 2009).

SEGUNDO.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional reiteradamente indica que quien ejercita la acción penal en cualquiera de sus formas, incluida la querrela, no tiene, en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción del art. 24.1 CE, un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del juez en la fase instructora sobre la existencia y calificación jurídica del hecho, expresando las razones por las que se inadmite su tramitación, o admitida ésta ponga anticipadamente término al proceso por la concurrencia de cualquiera de las causas previstas en las normas procesales (STC 108/1983, de 29 de noviembre; 148/1987, de 28 de septiembre; 157/1990, de 18 de octubre; 111/1995, de 4 de julio; y 31/1996, de 27 de febrero).

TERCERO.- El órgano judicial para resolver sobre la admisión o no a trámite de la querrela debe valorar la capacidad y legitimación procesal del querellante (arts. 270 y 271 LECr), el cumplimiento de los requisitos formales (arts. 277 a 281 LECr), su competencia y la relevancia penal de los hechos (art. 313 LECr), según señalan los ATS 26 de mayo de 2009, 31 de enero de 2011, 9 de febrero de 2012, 23 de octubre de 2013, 27 de marzo de 2014 y 22 de mayo de 2014.

CUARTO.- La ponderación sobre la significación penal debe realizarse en función de los hechos denunciados, y no de los que resulten acreditados, porque, el averiguarlos es el objeto del proceso, y su verificación no puede convertirse en presupuesto de la incoación, sin perjuicio de las decisiones que posteriormente procedan en función del resultado de las diligencias practicadas.

El ATS 19/12/2013 señala que también debe considerarse que los hechos no son constitutivos de delito: “Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de

conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia.”

QUINTO.- La querrela es por supuesto delito de prevaricación administrativa basado en que la AEAT, cuando conoció que destacadas personas de distintos ámbitos tenían cuentas con elevados fondos en el banco HSBC de Suiza, optó por enviarles un requerimiento de cumplimiento de obligaciones formales para que en el plazo de 10 días hábiles presentasen declaraciones complementarias por el IRPF y, en su caso, por el impuesto de patrimonio, permitiendo de esta manera que sus posibles delitos fiscales no pudieran ser punibles por la excusa absolutoria del art. 305.4 CP, en vez de abrir el correspondiente procedimiento de comprobación e investigación (ya fuera un procedimiento inspector o de gestión), conforme a las instrucciones y pautas de actuación de la AEAT, en el cual si la administración entendiese que existían indicios de delito deberían ponerlo en conocimiento de la Fiscalía o de la autoridad judicial.

SEXTO.- El Juzgado la inadmite a trámite por considerar respecto de los querrelados doña María Dolores Bustamante Esquivias, Directora del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT, y don Carlos Cervantes Sánchez-Rodrigo, Director del Departamento de Inspección de la AEAT, que la comunicación que firmaron y remitieron a los delegados especiales que en la misma se relacionan, no es una resolución administrativa a los efectos del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, y por consiguiente no son constitutivos de infracción penal.

SÉPTIMO.- En consecuencia, debe rechazarse la postulada infracción del derecho a la tutela judicial efectiva al encontrarse motivada la resolución impugnada y adecuarse a las consecuencias de inadmisión previstas legalmente; lo que no debe confundirse con la divergencia de la parte querellante con el fondo de la decisión, que a continuación analizaremos ciñéndonos exclusivamente al tema debatido por aplicación del principio “tantum devolutum quantum appellatum” derivado del de congruencia.

OCTAVO.- Previamente conviene precisar que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º el servicio prioritario a los intereses generales; 2º el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3º la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE); garantizando el debido respeto al principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, pero sin sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de

control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al derecho, al limitarse intervención de la jurisdicción penal a supuestos límite en los se utiliza en un injustificado ejercicio de abuso de poder que proporciona la función pública para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario en perjuicio del ciudadano o de los intereses generales de la Administración Pública (STS 18/2014, 23 de enero; y 597/2014, de 30 de julio).

NOVENO.- Este ilícito requiere: a) una resolución en asunto administrativo dictada por autoridad o funcionario, que son las personas a las que se refiere el art. 24 CP, y en el que el “extraneus” –persona que no es autoridad o funcionario- puede participar como inductor, cooperador necesaria o cómplice sin menoscabo del principio de legalidad al estar contemplados con carácter general en los arts. 27 y siguientes CP (STS 797/2010, de 16 de septiembre.); b) la decisión sea contraria al derecho, es decir, ilegal, lo que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución; c) su ilegalidad sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; d) ocasione un resultado materialmente injusto; y e) se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario con conocimiento de que actúa en contra del derecho (STS 627/2006; de 8 de junio; 723/2009, de 1 de julio; 49/2010, de 4 de febrero; y 1660/2011, de 8 de noviembre; 1021/2013, de 26 de noviembre; 743/2013, de 11 de octubre; 340/2012, de 30 de abril; y 597/2014, de 30 de julio).

DÉCIMO.- El Juzgado estima que la comunicación firmada por la Sra. Bustamante y el Sr. Cervantes no constituye resolución a los efectos penales del delito de prevaricación porque: “no contiene unos requisitos de fundamentación y de ejecución, además de su posibilidad de revisión.”

UNDÉCIMO.- La mencionada comunicación dice:

“A raíz del requerimiento remitido a algunos contribuyentes en el que se ponía de manifiesto el conocimiento por parte de la AEAT de determinadas cuentas en el banco HSBC de Suiza, se ha planteado cuál debe ser la base de sanción en el caso de que el obligado tributario decida regularizar, además de las rentas vinculadas a las cuentas identificadas en el requerimiento, otras rentas procedentes de cuentas distintas o de cualquier otro bien.

Dado lo específico del requerimiento, ya que se identifican exactamente las cuentas sobre las que se insta al contribuyente a que regularice su situación tributaria, entendemos que sólo las rentas derivadas de dichas cuentas son las que deben dar lugar a la imposición de sanción, debiendo considerarse que el resto de rentas se declaran de forma espontánea a los efectos de la aplicación del régimen de recargos del artículo 27 LGT.

Por todo ello, si el obligado tributario presenta una autoliquidación que incluya todas la rentas procedentes de las cuentas del banco HBSC identificadas el requerimiento finalizará el procedimiento iniciado con la notificación de dicho requerimiento. En este caso se entenderá que se ha producido una infracción tributaria resultando exigible la correspondiente sanción así como los intereses de demora.

Las restantes autoliquidaciones que se presenten posteriormente se efectúan sin que exista ningún procedimiento tributario iniciado en relación a este concepto y periodo, por lo que se considerarán espontáneas dando lugar a un recargo de los regulados el artículo 27 LGT.

El Departamento de Gestión enviará una nota sobre la forma de tramitar los expedientes sancionadores que se generen y sus especialidades.”

DUODÉCIMO.- La conclusión alcanzada por el Juzgado descansa en los requisitos establecidos en el art. 89.1.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que dispone que: “Las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 54. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.”

DÉCIMO TERCERO.- Este criterio no puede ser compartido porque se asienta en un rígido esquema formal que ha sido descartado por la jurisprudencia, que entiende que la resolución administrativa es cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno, así como los denominados actos de trámite, como los informes, consultas, dictámenes o diligencias, que

instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva (STS 939/2003, de 27 de junio; 627/2006, de 8 de junio; 38/1998, de 23 de enero; 443/2008, de 1 de julio; 866/2008, de 1 de diciembre; 502/2012, de 8 de junio; 1051/2013, de 26 de septiembre; 411/2013, de 6 de mayo; 787/2013, de 23 de octubre; 506/2014, de 4 de junio; 597/2014, de 30 de julio; y 1541/2014, de 2 de octubre); y ello sin perjuicio que la falta de los requisitos formales pueda valorarse en orden a calificarla de arbitraria.

DÉCIMO CUARTO.- El Juzgado también inadmite la querrela a trámite en relación a don Juan Manuel López Carbajo, Director General de la AEAT, por desconocerse la resolución que se le atribuye y su contenido, y no apoyarse su implicación en ningún elemento o principio la prueba, sino en una suposición, pretendiendo una investigación prospectiva.

DÉCIMO QUINTO.- La resolución que se achaca al Sr. López, aunque no sea aportada por la querellante al no tenerla a su disposición, ignorando incluso su forma, consiste en la decisión de la AEAT de requerir a las personas que tenían determinadas cuentas en el banco HSBC de Suiza para que regularizasen su situación tributaria, como se desprende del contenido de la comunicación anteriormente referida y de la dos copias de requerimientos adjuntados con la querrela.

El desconocimiento de las razones que llevaron a dicho requerimiento no puede servir de excusa para considerar que puede no ser arbitraria cuando el propio Juzgado no se cuestiona los argumentos de la querellante en sentido contrario.

DÉCIMO SEXTO.- La implicación del Sr. López se apoya en que era el superior jerárquico inmediato de la Sra. Bustamante y del Sr. Cervantes, quienes conjuntamente suscribieron la aludida comunicación.

Esta imputación es una subjetiva suposición que éstos atendían a la previa decisión de aquél relativa al mencionado requerimiento, como se reconoce en el recurso, hasta el punto de admitir que incluso la decisión del requerimiento pudiera directamente proceder de la Sra. Bustamante y del Sr. Cervantes, lo cual resulta a todas luces insuficiente para tenerle por querellado.

DÉCIMO SÉPTIMO.- A raíz de ello surge un problema procesal porque la ausencia de datos que permitan alcanzar una sospecha mínimamente razonable de la implicación del querrellado no está contemplada en el art. 313 LECr que se refiere a la falta de competencia o que los hechos no sean constitutivos de delito.

Este tribunal no ha encontrado antecedentes sobre esta cuestión, considerando que debe acudir al art. 641.2 LECr, que dispone el sobreseimiento provisional cuando resulte que puede haberse perpetrado un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores o cómplices, pues dicho precepto no contradice el art. 313 LECr, y permite dar una solución justa, impidiendo que una persona pueda verse sujeta a una investigación penal basada en las meras conjeturas, a la vez que no excluye la futura posibilidad de que pudiese ser imputada en función del resultado de la instrucción.

DÉCIMO OCTAVO.- En consecuencia, debe estimarse parcialmente el recurso, debiendo el Juzgado disponer la admisión a trámite de la querrela contra doña María Dolores Bustamante Esquivias y don Carlos Cervantes Sánchez-Rodrigo por supuesto delito de prevaricación administrativa, y pronunciarse con libertad de criterio sobre las diligencias solicitadas para su indagación, y a la vez decretar el sobreseimiento provisional respecto de don Juan Manuel López Carbajo.

PARTE DISPOSITIVA

Se ESTIMA PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación del Sindicato de Técnicos del Ministerio de Economía y Hacienda (Gestha) contra el auto de 4 de marzo de 2014 del Juzgado de Instrucción nº 27 de Madrid en las diligencias previas nº 1403/2014, y en consecuencia REVOCAMOS dicha resolución, y en su lugar acordamos que el Juzgado admita a trámite la querrela contra doña María Dolores Bustamante Esquivias y don Carlos Cervantes Sánchez-Rodrigo por supuesto delito de prevaricación administrativa, pronunciándose con libertad de criterio sobre las diligencias solicitadas para su indagación, y a la vez decretar el sobreseimiento provisional respecto de don Juan Manuel López Carbajo.

Y se declaran de oficio las costas de este recurso.

Contra este auto no cabe recurso.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.